



Bogotá D.C. 20 de julio de 2020

Respetado señor:
GREGORIO ELJACH PACHECO
Secretario General
Senado de la República
Ciudad

ASUNTO: Proyecto de Ley N° ____ de 2020 ***“Por medio del cual se deroga el Decreto 558 de 2020”.***

Respetada mesa directiva,

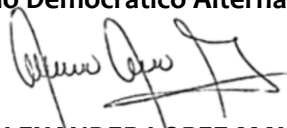
Respetado secretario, radicamos ante usted el presente Proyecto de Ley ***“Por medio del cual se deroga el Decreto 558 de 2020”.***

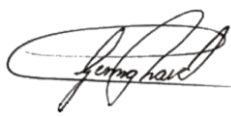
En mérito de lo expuesto, se presenta a consideración el proyecto de ley para iniciar el trámite correspondiente y cumplir con las exigencias dictadas por la Ley. Por tal motivo adjuntamos original del documento mediante medio magnético.

De los Honorables Congresistas.


WILSON NEBER ARIAS CASTILLO
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo

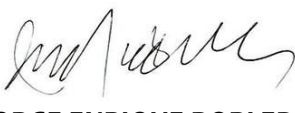

IVAN CEPEDA CASTRO
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo


ALEXANDER LOPEZ MAYA
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo


GERMAN NAVAS TALERO
Representante a la Cámara
Polo Democrático Alternativo


ALBERTO CASTILLA SALAZAR
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo


JORGE GOMEZ GALLEGO
Representante a la Cámara
Polo Democrático Alternativo


JORGE ENRIQUE ROBLEDO
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo



Proyecto de Ley _____ de 2020 Senado

“Por medio del cual se deroga el Decreto 558 de 2020”

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA COLOMBIA

DECRETA

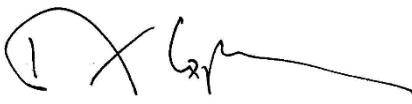
Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto derogar la totalidad del Decreto 558 de 2020.

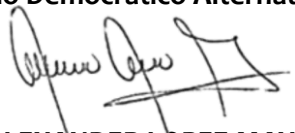
Artículo 2°. Deróguese el Decreto 558 de 2020 *“Por el cual se implementan medidas para disminuir temporalmente la cotización al Sistema General de Pensiones, proteger a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado y se dictan otras disposiciones en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*.

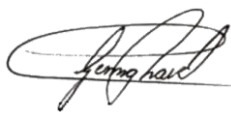
Artículo 3°. Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación.

Por los honorables congresistas,


WILSON NEBER ARIAS CASTILLO
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo

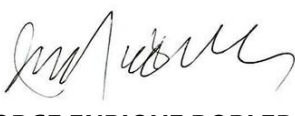

IVAN CEPEDA CASTRO
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo


ALEXANDER LOPEZ MAYA
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo


GERMAN NAVAS TALERO
Representante a la Cámara
Polo Democrático Alternativo


ALBERTO CASTILLA SALAZAR
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo


JORGE GOMEZ GALLEGO
Representante a la Cámara
Polo Democrático Alternativo


JORGE ENRIQUE ROBLEDO
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo



Proyecto de Ley _____ de 2020 Senado

“Por medio del cual se deroga el Decreto 558 de 2020”

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. Introducción

El pasado 11 de marzo, la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) declaró como pandemia la enfermedad COVID-19, generada por el coronavirus SARS-CoV-2. Su aparición, y rápida propagación ha implicado un desafío inédito para los países del mundo. A la fecha, se han confirmado más de trece millones de personas contagiadas y seiscientos mil muertes en todo el mundo¹.

Por su parte, el 12 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional, hasta el 30 de mayo de 2020. Posteriormente, el 17 de marzo, el Gobierno decretó el estado de excepción consagrado constitucionalmente como declaratoria de emergencia económica, social y ecológica. En virtud de este, se han expedido más de una centena de decretos en torno a la situación del COVID-19, de los cuales, la mayoría regula materias económicas.

Desde el 6 de marzo, el Gobierno Nacional ha adoptado medidas para contener el contagio por COVID-19 por medio de las facultades otorgadas por el artículo 215 superior, sin embargo, se han expedido un número significativo de decretos que en una lectura inicial no están relacionados directamente con la situación que generó la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica.

Pese a los amplios poderes de que dispone el ejecutivo, por medio de las facultades especiales otorgadas por el artículo 215, la respuesta no se orientó a minimizar la propagación del virus y a rastrear eficientemente las cadenas de contagio, a fortalecer la red pública hospitalaria, o a brindar garantías humanitarias que permitieran a las personas sin recursos económicos o en situación de vulnerabilidad mantener las medidas de distanciamiento social obligatorio. Por el contrario, sus decisiones tardías, se

¹ Mapa de avance de la enfermedad del coronavirus elaborado por la Universidad de Johns Hopkins. Disponible en: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>.



enfocaron en proveer solidez al sistema bancario y financiero, y en reactivar la economía, así se ha contribuido a la expansión acelerada del virus.

II. Atribuciones del Congreso en materia de control político sobre el Estado de emergencia, económica y social

La Carta de 1991 estableció un triple sistema de estado de excepción: i) el estado de guerra exterior contemplado en el artículo 212; ii) el estado de conmoción interior abordado en el artículo 212; y el estado de emergencia económica, social y ecológica, en el artículo 215. En los diferentes tipos de declaratoria, existen particularidades específicas respecto al objeto de la declaratoria, los términos de vigencia y los controles políticos que se deben realizar en el Congreso de la República².

Como se sabe, el estado de emergencia económica, social y ecológica contenido en el artículo 215 de la Constitución, podrá ser declarado por el presidente de la República y todos los ministros siempre que sobrevengan hechos distintos a los previstos en los artículos 212 y 213 superiores, que: i) perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país; o que ii) constituyan grave calamidad pública. Este último concepto de calamidad pública ha sido definido por la Corte Constitucional como *“aquella situación catastrófica que se deriva de causas naturales o técnicas, y que produce una alteración grave e intempestiva de las condiciones sociales, económicas y ecológicas de una región o de todo el país”*³.

Ahora bien, la Constitución Política de 1991 reconoce al presidente de la República una serie de poderes excepcionales, una vez declarado uno de los estados de excepción de que tratan los artículos 212, 213 y 215 superiores, estos no son ilimitados; por el contrario, el diseño constitucional previó una serie de controles para impedir excesos y garantizar que, a pesar de la existencia de una situación anormal, la esencia, naturaleza y estructura del Estado de derecho se conservarán. Así, el propio texto constitucional, expresamente, establece que el normal funcionamiento de las ramas del poder y órganos del Estado se mantendrá, a pesar de la existencia de una situación anormal (artículo 214, numeral 3°).

² Corte Constitucional, sentencia C-216 de 2011. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

³ Corte Constitucional, sentencia C-216 de 2011, MP. Antonio Barrera Carbonell.



En armonía con el anterior sistema de peso y contrapesos, aunque las facultades excepciones autorizan al presidente, entre otras cosas, a suspender las leyes que sean incompatibles con los decretos legislativos que dicte con ocasión de la declaración de los estados de guerra exterior (artículo 212), o conmoción interior (artículo 213), estas normas dejarán de regir una vez se declare restablecida la normalidad, en el primer caso, o el orden público, en el segundo.

Así mismo, y toda vez que, a diferencia de los decretos dictados con ocasión de los estados de excepción reseñados, los decretos legislativos proferidos con fundamento en la emergencia económica, social, ecológica tienen una vigencia indefinida, el artículo 215 determinó que, en los casos en que regulan la creación o aumento de un impuesto, dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, siempre que el Congreso no decide darles carácter permanente.

En suma, en el marco del sistema de pesos y contrapesos que da fundamento a la democracia, el artículo 215 de la Constitución Política confiere al Congreso como expresión de su función de control político, la atribución de modificar, derogar y adicionar los decretos expedidos en el marco de la declaración del estado de emergencia social económica, durante el año siguiente a dicha declaratoria, incluso respecto de materias que de manera ordinaria son de iniciativa de gobierno, es decir, aquellas enunciadas en los numerales 3, 7, 9, 11 y 22, y los literales a), b) y e), del numeral 19, del artículo 150 de la Constitución, como ordenar participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas, autorizar aportes o suscripción de acciones del Estado a empresas industriales o comerciales y decretar exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales⁴.

Vencido el lapso contemplado en el artículo, 215 superior y en relación con esas materias, sólo por iniciativa del Gobierno pueden modificarse, derogarse o adicionarse las medidas adoptadas durante el estado de emergencia.

Así la Corte Constitucional, en sentencia de constitucionalidad explicó que, *“El fin que se busca con esta norma, es el restablecimiento de la normalidad institucional y el equilibrio entre las competencias y funciones de uno y otro órgano, alterado al declararse el*

⁴ Corte Constitucional, sentencias C – 353 de 1997. M.P.: Jorge Arango Mejía, y C-256 de 1997. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.



correspondiente estado de excepción. Por tanto, la competencia del Congreso no puede estar limitada por las decisiones del Gobierno Nacional para enfrentar la crisis”.

“El Gobierno Nacional no es el único llamado a adoptar medidas y correctivos necesarios para el restablecimiento de la normalidad, pues el Congreso conserva plena competencia para expedir las disposiciones que sean indispensables para enfrentar y solucionar las causas y los efectos de la situación de emergencia. No es válido afirmar, entonces, que la competencia del legislador está limitada por las disposiciones dictadas por el Gobierno Nacional, como parece lo interpretan los demandantes e intervinientes en este proceso”⁵.

III. El decreto legislativo 558 del 15 de abril del 2020, “Por el cual se implementan medidas para disminuir temporalmente la cotización al Sistema General de Pensiones, proteger a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado y se dictan otras disposiciones”

A. Estructura del Decreto legislativo 558 de 2020

En virtud de las facultades descritas en el artículo 215 de la Constitución Política y en desarrollo del decreto 417 del 17 de marzo de 2020, el presidente de la República, a través del decreto 558 de 2020, implementó unas medidas con el propósito de: “disminuir temporalmente la cotización al Sistema General de Pensiones, proteger a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado y se dictan otras disposiciones en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”.

Este Decreto Legislativo “tiene como objeto adoptar medidas en el ámbito del Sistema General de Pensiones, para brindar mayor liquidez a los empleadores y trabajadores dependientes e independientes, y proteger a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado, que reciben un salario mínimo legal mensual vigente de una posible descapitalización de las cuentas de ahorro pensional que soportan el pago de su pensión” y recae sobre “los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, a los empleadores del sector público y privado, a los trabajadores dependientes e independientes, a los pensionados del Régimen de Ahorro Individual, en la modalidad de retiro programado, a COLPENSIONES y a las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías”.

⁵ Ibídem.



Consta de 2 (dos) capítulos dedicados al Pago de Aportes del Sistema General de Pensiones, en adelante SGP y sobre el Mecanismo especial de pago para las pensiones reconocidas bajo la modalidad de Retiro Programado, respectivamente. Tienen en total 14 (catorce) artículos contando con la vigencia.

B. Afectaciones e inconveniencia del Decreto 558 de 2020.

1. Necesidad, finalidad, conexidad e incompatibilidad.

De acuerdo con los motivos que dieron lugar a la emisión del Decreto en estudio, el Gobierno Nacional cita al Fondo Monetario Internacional en donde se establece que los países miembros, deben tomar medidas extraordinarias para salvar vidas y salvaguardar la actividad económica. En este sentido, una de las medidas recomendadas establece que es necesario dar apoyo fiscal focalizado para los hogares y las empresas vulnerables para acelerar la recuperación de la economía en 2021. Así mismo se refiere a las cifras presentadas por la Organización Internacional del Trabajo, en adelante -OTI-, a través de las que se indica que el sector laboral va a sufrir graves impactos por causa de las medidas que deben adoptar los Estados, para disminuir el riesgo en materia de salud pública, generados por el Covid-19.

Pese a lo anterior y a que de la exposición de motivos en principio se desprende que el Decreto 558 debía ofrecer un alivio a los trabajadores independientes vulnerables y empleadores pequeños y medianos, no se evidencia una relación directa y específica entre lo descrito en la parte motiva y el artículo.

2. Respetto del Artículo 3 “Pago parcial del aporte al Sistema General de Pensiones.”

Como se expresó en un documento suscrito junto con otros parlamentarios, este artículo se hizo sin prevenir las implicaciones de la reducción de las cotizaciones del 16% al 3%. El artículo 3, no establece un universo específico para la aplicación de esta medida, lo que significa que a todos los empleadores del sector público y privado y los trabajadores independientes, sin distinción del rango salarial, de su capacidad de pago y especialmente evadiendo la responsabilidad del Estado como garante de los sueldos y la seguridad social de sus empleados públicos, les reduciría el aporte de la cotización y sus ahorros futuros.

En lo que respecta a la reducción del porcentaje de cotización a un 3%, el Decreto 588 no resulta ser una medida proporcional para gran parte de la población, con miras a conjurar



el estado de emergencia. Se evidencia, que si bien la medida busca aliviar la carga económica que representa el aporte completo al Sistema de Seguridad Social en medio de la pandemia COVID-19, lo hace a costa del derecho de los trabajadores a que se cotice lo equivalente al tiempo efectivamente laborado.

De esta forma, implica una restricción injustificada al derecho fundamental al trabajo y a la seguridad social. Ello, puesto que el mencionado Decreto no hace distinción entre las condiciones de los múltiples trabajadores y empleadores, implicando un trato perjudicial sin sustento, para aquellos trabajadores que prestan sus servicios a empresas que desde el punto de vista económico no han tenido mayor afectación o que no han tomado medidas tendientes al mantenimiento de puestos de trabajo. Con el Decreto el número de semanas de cotización también se ve afectado para aquellos afiliados que coticen en montos superiores a 1 smmlv. Esto implica que el monto de las cotizaciones se verá ampliamente reducido, lo que a largo plazo afectará el monto final de la mesada pensional, al igual que ampliará las semanas que deba cotizar el trabajador, incumpléndose así el mandato superior consagrado en el artículo 215 numeral 9 y en el artículo 50 de la Ley 137 de 1994 donde las medidas que se adopten en el marco del estado de emergencia, no debe desmejorar los derechos sociales de los trabajadores.

Por su parte, el Sistema de Seguridad Social en el Régimen de Prima Media es un sistema basado en un principio fundacional del Estado Social de Derecho colombiano, la solidaridad. En virtud de este principio, no se encuentra justificación en que la reducción también sea aplicada en personas naturales o jurídicas que se encuentren en capacidad de realizar la cotización completa, puesto que afecta directamente las finanzas de un sistema que requiere de los aportes consagrados en la ley para ser un sistema sostenible.

Si bien no es plausible concluir que nos encontramos ante una norma abiertamente discriminatoria, resulta evidente que yerra el Gobierno al tomar medidas económicas sin tomar en cuenta la pluralidad de situaciones en las que se encuentran los trabajadores y empresas en Colombia. Dar alivios a empresas cuya situación económica no ha resultado altamente afectada por el COVID-19, en desmedro de los derechos y garantías laborales adquiridas de los trabajadores más vulnerables, para quienes el descuento directo que realiza el empleador para pagar el pago correspondiente a pensión, no se justifica con la alta disminución en la cotización al sistema pensional.

Asimismo, no parece tener asidero el hecho de que aquellos trabajadores independientes con altos ingresos que continúan devengando el mismo monto, vean



una notable disminución en los aportes que mensualmente están obligados a cotizar ante el Sistema. Esto último, teniendo en cuenta que, como ya se mencionó, de acuerdo con el artículo 48 constitucional, el Sistema de Seguridad Social colombiano es de tipo solidario, en el que se espera que quienes tienen mayor capacidad adquisitiva a su vez sean quienes mayores aportes realicen, en beneficio de la totalidad del Sistema y de aquellas personas que no gozan del mismo bienestar económico.

En este sentido, parece arbitrario o al menos un peligroso descuido, el hecho de no hacer diferenciación entre los distintos tipos de empresas y de trabajadores colombianos. Si bien, por la naturaleza de la norma no es posible llegar a un detalle pormenorizado, sí existen métodos sencillos para diferenciar la afectación económica que puede tener una medida de carácter nacional en personas jurídicas o naturales.

Aun cuando la medida representa un alivio para una parte de la población colombiana, no parece razonable que múltiples trabajadores de bajos ingresos vean cómo sus cotizaciones al Sistema de Pensiones se vean disminuidas, sólo porque al momento de expedir la norma, el Gobierno no realizó una diferenciación que favorece a este sector poblacional.

Es cierto que la medida adoptada beneficia a un sector de la población, sin embargo, resulta una violación flagrante a los derechos de miles de trabajadores, quienes verán afectadas algunas de las semanas requeridas para acceder al derecho a la pensión, en lo que respecta al tiempo laborado.

Es así, como el Gobierno Nacional pudo prever que la aplicación del artículo 3 tiene efectos adversos para un sector de la población, afectación que era evitable sin lesionar en demasía los intereses de otros grupos socioeconómicos, que, por sus robustas condiciones, podrían soportar el estar exentos del alivio, con el fin de favorecer a la población trabajadora. Una vez más, el Gobierno adoptó una serie de medidas en grados que no resultan ser los necesarios y adecuados para retornar a la normalidad previa al estado de excepción. Ignorando las condiciones de un inmenso porcentaje de la población que no debería sufrir las consecuencias de la decisión de un Estado que decidió atender otro tipo de intereses.

3. Respecto al artículo 6 del Decreto 558 de 2020

El Decreto 558 de 2020 afecta la propiedad privada y los derechos adquiridos, los cuales están garantizados en el artículo 58 superior. En efecto, los saldos existentes en las



cuentas de ahorro pensional se conforman o constituyen con aportes de los trabajadores, con los rendimientos de sus cotizaciones. Por ello, los saldos son de exclusiva propiedad de los afiliados y pensionados, tal como lo consagra el literal d) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 48 de la ley 1328 de 2009, que señala: *“El conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, denominado fondo de pensiones, el cual es independiente del patrimonio de la entidad administradora”*.

Así mismo, el artículo 97 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 50 de la ley 1328 de 2009 señala que, *“Los Fondos de Pensiones, conformados por el conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional y los que resulten de los planes alternativos de capitalización o de pensiones, así como los intereses, dividendos o cualquier otro ingreso generado por los activos que los integren, **constituyen patrimonios autónomos, propiedad de los afiliados, independientes del patrimonio de la administradora.**”* (resaltado propio).

Pero, además de lo anterior, es necesario recordar que los saldos también constituyen derechos adquiridos, en la medida que los aportes se acreditan por el trabajo del afiliado. Así, los rendimientos son producto de los aportes y los bonos pensionales, que se adquieren por el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) y se reconocen mediante acto administrativo debidamente proferido por los emisores en favor de los trabajadores. Así las cosas, la propiedad de los saldos existentes en las cuentas de ahorro pensional, incuestionablemente pertenecen a los afiliados pensionados. No obstante, el decreto 558 sacó esos valores de la órbita de dominio del afiliado pensionado para entregarlos, de manera arbitraria e inconsulta, a Colpensiones, más grave aún, la norma no permite que el pensionado pueda disponer de ellos para contratar la renta vitalicia con la aseguradora de su elección y conveniencia para así garantizar el pago de una pensión mínima, como ya estaba señalado en la ley.

Súmese a lo anterior, el hecho de que inmediatamente se produjo la expedición del decreto legislativo 558 de 2020 por parte del gobierno, Asofondos, el gremio que aglutina las AFP expidió un comunicado rechazando la medida gubernamental; en uno de los puntos del mismo se manifestó que *“Asofondos reitera que no solicitó al Gobierno el traslado a Colpensiones de un pequeño grupo de nuestros pensionados y de su fondo de pensiones, ordenado por el Decreto 558”* y continúa diciendo que *“Asofondos tampoco comparte el argumento según el cual dicho traslado era necesario para enfrentar los riesgos de una posible descapitalización de algunas pensiones de retiro programado. Desde hace mucho tiempo, ha pedido en forma reiterada que, en*



caso de necesidad, se permita acceso de pensiones con riesgo de descapitalización al Fondo de Garantía de Pensión Mínima”

Si bien Asofondos es parte interesada frente a la expedición y consecuencias del decreto en cuestión y sus manifestación han de ser leídas con beneficio de inventario, el Congreso de la República no puede pasar por alto el hecho de que la medida del gobierno fue unilateral, en momentos en que la interacción del gobierno con las AFP, previo a la toma de una decisión tan grave era indispensable, incluso, como agotamiento de los mecanismos ordinarios para solucionar la crisis como lo exige la ley y la jurisprudencia, y porque existían previsiones legislativas que obligaban a la AFP a actuar para solucionar la situación de los pensionados a su cargo.

No existen en el plenario, evidencias aportadas por el gobierno nacional, que permitan concluir que, bajo el actual escenario de volatilidad en los mercados financieros generada por la pandemia del COVID-19, no era posible garantizar el pago de las mesadas pensionales a los beneficiarios de la pensión bajo la modalidad de retiro programado en el régimen de ahorro individual, de mantenerse el esquema normativo actual en cabeza de las AFP.

En el anterior contexto, no puede hablarse del carácter imprevisible de la afectación de los saldos de la cuentas de retiro programado, siendo este un requisito para que el Congreso se pronuncia sobre la inconveniencia de la disposición, si tenemos en cuenta que el sistema gira en torno al riesgo y la especulación financiera y nada se hizo frente al conocimiento del ejecutivo de la ausencia de mercado asegurador para convertir esos saldos en rentas vitalicias, entendida la imprevisibilidad, como aquella condición según la cual, el acaecimiento del suceso o circunstancia que produjo el daño antijurídico era impensado o insospechado, generando su ocurrencia repentina, efectos del todo sorprendentes, es decir, cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia.

En el mismo sentido, el Gobierno Nacional incumplió con la regla establecida en el artículo 8 de la ley 137 de 2004 (LEE), según la cual, en los decretos especiales, como el 558 de 2020, se deben señalar los motivos por los cuales se imponen limitaciones a derechos constitucionales, (derecho a la propiedad privada) para así demostrar la conexidad existente, entre las causas de la perturbación y las razones por las cuales se hace necesario trasladar recursos a Colpensiones y atribuirle la obligación de pago de pensiones mínimas.

Debido a la falta de relación entre las disposiciones contenidas en la norma y las causas del estado de excepción invocadas en el decreto 417 de 2020, se presenta una evidente extralimitación del ejecutivo. Como se mencionó, el artículo 215 de la Constitución Política habilita al ejecutivo para que se pronuncie exclusivamente respecto de hechos relacionados con los hechos que dieron lugar a la declaratoria de emergencia, así de conformidad con el ordenamiento constitucional los decretos emitidos *“deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.”*

4. Existencia de normas previas de protección a los pensionados.

Es de la naturaleza de los estados de excepción su transitoriedad, por lo mismo, las medidas que debe tomar el ejecutivo deben ser temporales y obedecer al interés general. La razón de su existencia es dotar de facultades excepcionales para conjurar una vicisitud nacional y no el otorgamiento de facultades omnímodas. Por ello, no es posible predicar que exista relación directa entre la declaratoria de emergencia y la pérdida de valor de los activos de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) en el mercado, y por tanto no existía habilitación para la expedición de la norma.

Adicionalmente, es necesario advertir que el marco normativo previo a la expedición del decreto 558 de 2020, contempló garantías de protección para las pensiones mínimas, tanto en el Régimen de Prima Media (RPM) como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), razón por la cual, no existía razón para establecer un nuevo mecanismo de pago.

La legislación pensional colombiana respecto a las AFP determinó un modelo en el cual el riesgo le es inherente, es decir, decidió asumir el riesgo derivado de la especulación financiera al permitir vincular los saldos de las cuentas de retiro programado destinados a garantizar el derecho fundamental a una pensión digna a los efectos del mercado, decisión asumida para permitir el acceso del sistema financiero a dichos recursos no solo durante la vida del cotizante sino también durante la del pensionado.

Esa conciencia de la asunción del riesgo se evidencia aún más, cuando se observa que mediante el artículo 2.2.6.3.1., del Decreto 1833 de 2016, el gobierno estableció el



control de saldos en la modalidad de retiro programado, consistente en que aquellas pensiones que bajo esa modalidad llegaren al límite establecido por la Ley, serian trasladadas a la modalidad de renta vitalicia para asegurar el pago de la mesada pensional, sin asumir el riesgo financiero propio de la volatilidad de los mercados, que existe en la modalidad de retiro programado.

Es decir, a la conciencia del riesgo, el gobierno le sumó la administración del riesgo a través del decreto en cita, pretendiendo trasladar ese riesgo a otro sector especulativo como es el sistema asegurador, el cual tendría a su cargo la oferta de rentas vitalicias con respecto a los saldos de las cuentas de retiro programado afectadas por la vitalidad de los mercados, pero el gobierno nunca constató o simplemente omitió que en el mercado existiera oferta para este tipo de seguros de largo plazo, con lo cual se dejó la garantía de un derecho pensional fundamental al apetito unilateral de mercado del sector asegurador. No existe evidencia en el expediente de que el gobierno hubiese propuesto alguna iniciativa legislativa, hubiese atendido las peticiones formuladas en ese sentido por ASOFONDOS o intervención de mercado asegurador para subsanar esta falencia del sistema y lograr que este sector ofreciera las rentas vitalicias y así poder garantizar que las AFP garantizaran el derecho fundamental a las pensiones de sus pensionados.

La inexistencia de oferta de mercado asegurador para llevar al mismo los saldos de las cuentas de la modalidad de retiro programado afectados por las volatilidades del mercado era bastante conocida por el gobierno dado su función de control de saldos en la modalidad de retiro programado, establecido cuatro años antes mediante el decreto 1833 de 2016; a esa conclusión hay que arribar forzosamente pues de lo contrario estaríamos frente a un control inane. El solo hecho de haber tomado medidas oportunas frente a la inexistencia de mercado para el fin mencionado habría evitado el traslado repentino de pensiones de retiro programado de saldo mínimo de las AFP a Colpensiones.

En suma, si bien la Pandemia pudo afectar los saldos de las cuentas de ahorro individual de la modalidad de ahorro programado, situación cuya intensidad no aparece mínimamente acreditada por el gobierno, la expedición del decreto ordenando el súbito traslado, obedece a que el gobierno nunca atendió una situación estructural ligado a paliar los riesgos, como lo era el hecho conocido de la inexistencia de mercado en el sector seguros de renta vitalicia.



La pregunta para formularse, entonces, es ¿por qué no existe mercado asegurador para los saldos de las cuentas de ahorro de la modalidad de retiro programado afectados por la volatilidad de los mercados? ¿Qué hizo el gobierno como garante de las pensiones según el artículo 48 de la Carta y como rector de la actividad financiera, aseguradora y bursátil desde 2016 cuando asumió el control de saldos de la modalidad de retiro programado para asegurar la vigencia de los derechos pensionales desde el año 2016, ante la evidencia de ausencia de mercados de renta vitalicia para los saldos de ahorradores de retiro programado afectados por la volatilidad de los mercados?

La respuesta a la primera pregunta nos la brinda el Director de Pensiones de Colpensiones en respuesta a comunicación enviada desde mi oficina en el Congreso. En ella el mencionado funcionario indica que^[2] “En el retiro programado la propiedad de los recursos y los riesgos están en cabeza del afiliado por no haberlos transferido a una compañía de seguros; esto significa que el afiliado asume los riesgos de mercado (aquellos que derivan de las fluctuaciones del valor de las inversiones y que pueden hacer que el saldo de la cuenta de ahorro del pensionado aumente o disminuya) y el de extralongevidad (riesgo de que el afiliado o sus beneficiarios vivan más allá de la utilizada por las administradoras para calcular la mesada pensional), circunstancias que si se suman a factores adicionales como la aparición de nuevos beneficiarios luego de reconocida la pensión o incrementos del salario mínimo superiores a la inflación, puede conducir a que haya una descapitalización de las cuentas de ahorro individual y generar faltantes de capital para financiar mesadas de un salario mínimo” En suma, el negocio de administrar recursos de cuentas de ahorro individual es de largo plazo (durante la vida laboral del cotizante) y no durante su vida como pensionado.

La respuesta a la segunda pregunta es que nada, a pesar de que el gobierno contaba con mecanismos de intervención en el sector financiero y asegurador, **facultades que le hubiesen permitido ordenarle a las AFP que los saldos afectados con la volatilidad del mercado fueron sustraídos del mercado especulativo con miras a garantizar el derecho pensional**. No hay otra lectura diferente, pues de otra manera no se entiende como las AFP, según el decreto, tienen la obligación de trasladar los saldos acumulados más el cálculo actuarial suficiente para garantizar la financiación al 100% de las pensiones ahora en Colpensiones, es decir, se presume que tiene los recursos suficientes pero en la coyuntura no son administradores idóneos, pero si Colpensiones, entidad quien según la misma norma solo oficiará como pagadora. Esto, sin perjuicio de que el gobierno tampoco exigió de las AFP el cumplimiento de lo estipulado en el parágrafo del artículo 12 del Decreto 832 de 1996 según el cual, “Si el saldo final de la cuenta individual fuese



inferior a la suma necesaria para adquirir una Renta Vitalicia y la AFP no tomó en su oportunidad las medidas necesarias para evitar esta situación, la suma que haga falta será a cargo de la AFP, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar por el incumplimiento a un deber legal”

Como puede verse, hasta allí, se evidencia la existencia de al menos dos mecanismos ordinarios con que el gobierno contaba frente a la afectación de saldos, sin indicar por qué no resultaban idóneos en la coyuntura del Covid 19.

En el mismo sentido, de acuerdo con el texto del decreto, la medida sólo se aplica a los pensionados de retiro programado de salarios mínimo, con lo cual se establece un trato diferenciado deja a un lado a los otros muchos pensionados de retiro programado, a quienes la misma pandemia y crisis financiera ha golpeado de igual forma al descapitalizar sus cuentas de ahorro en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), reducir sus saldos, en consecuencia, se genera una disminución del monto de sus pensiones. En consecuencia, este traslado innecesario de recursos privados de los pensionados por el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) en retiro programado a Colpensiones solo tiene como consecuencia que esta entidad pública asume dicha carga pensional. En consecuencia, el decreto no contempla alternativas de financiación real que protejan el patrimonio de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, como expresión de la primacía del interés general sobre el particular.

Proteger a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado no constituye un objetivo que contribuya directa y específicamente a conjurar las causas de la emergencia sanitaria provocada por la rápida propagación COVID. El traslado de recursos de miles de pensionados del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) a Colpensiones, para garantizar el pago de pensiones mínimas, de ninguna manera conjura las causas de la emergencia y tampoco sus consecuencias, habida cuenta que los dineros de los pensionados no se pueden utilizar para atender otras necesidades distintas al pago de pensiones, en consideración a que esos recursos tienen destinación específica, y si se utilizan para conjurar otros efectos económicos y financieros del Estado de Emergencia asociados a la pandemia, no se estaría cumpliendo el propósito del mismo decreto 558, de: “proteger a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado”. Además, si se desvía el destino de los dineros trasladados a Colpensiones para otros menesteres, se incurriría en un peculado bajo los términos del artículo 399 del Código Penal, lo que de



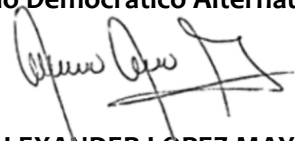
ninguna manera podría pretenderse con un decreto dictado en uso de facultades legislativas.

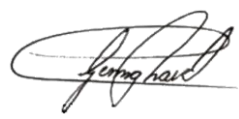
Por último, el decreto 558 vulnera los derechos de las personas que se encuentran próximas a pensionarse, dado que deroga el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, que determina que, los hombres con 62 años y mujeres con 57 años que: “...no hayan alcanzado a generar la pensión mínima..., y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión”.

Por los honorables congresistas,


WILSON NEBER ARIAS CASTILLO
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo


IVAN CEPEDA CASTRO
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo


ALEXANDER LOPEZ MAYA
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo


GERMAN NAVAS TALERO
Representante a la Cámara
Polo Democrático Alternativo


ALBERTO CASTILLA SALAZAR
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo


JORGE GOMEZ GALLEGO
Representante a la Cámara
Polo Democrático Alternativo


JORGE ENRIQUE ROBLEDO
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo